

Hulaas

Borgarting lagmannsrett
PB 8017 Dep.
0030 Oslo

Dato: 15. mars 2018 2018
Vår ref.: 322450/3887
Tidl. ref.:
Deres ref.:
Ansvarlig advokat.: Kristian Voie Danielsen

ANKE

TIL

HØYESTERETT

Saksnummer: 15-192367ASD-BORG/03

Ankende part: Advokatfirmaet Østberg AS
Postboks 7047 St. Olavs Plass
0130 Oslo

Prosessfullmektig: Advokat Kristian Voie Danielsen
Advokatfirmaet Hulaas AS
Henrik Ibsensgate 60c
0255 Oslo

Ankemotpart: Turid Heidi Damman
Movassbaken 3
0891 Oslo

Prosessfullmektig: Advokat Anders Flatabø
Huitfeldts gate 49,
0253 Oslo

Saken gjelder: Anke over dom med saksnummer
15-192367ASD-BORG/03



Medlem av
Den Norske
Advokatforening

Advokatfirmaet Hulaas AS
Henrik Gernersgt. 11
Postboks 193
1501 Moss
Tlf 69 24 38 50

Advokatfirmaet Hulaas AS
Henrik Ibsensgate 60c
02556 Oslo
Tlf 21 95 80 00

www.hulaas.no
post@hulaas.no
Org. NO 995 041 030 mva

Handelsbanken
BIC/swift: HANDNOKK
Klientkonto 9537 05 24700
IBAN: NO80 9537 0524 700
Driftskonto 9537 05 24603

#21419

Hulaas

1. INNLEDNING

Saken gjelder krav om betaling for advokattjenester og motregning ved pretendert erstatningskrav og prisavslag. Det ankes over rettsanvendelsen, saksbehandlingen og bevisbedømmelsen.

1.1 Tingrettens og lagmannsrettens dom

Borgarting lagmannsrett avsa dom 15. februar 2018 med slik domsslutning:

1. Turid Heidi Damman frifinnes.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Advokatfirmaet Østberg AS 236 020 - tohundreogtrettisekstusenogtiue - kroner til Turid Heidi Damman innen 2 -to - uker fra forkynnelse av dommen.
3. I sakskostnader for tingretten betaler Advokatfirmaet Østberg AS 113 024 -etthundreogtrettentusenogtjuefire - kroner til Turid Heidi Damman innen 2 -to - uker fra forkynnelse av dommen.

1.2 Ankefrist

Lagmannsrettens dom ble forkynt 15. februar 2018. Ankefristen løper dermed ut 15. mars 2018. Anken er rettidig.

1.3 Ankegrunner

Det gjøres gjeldende at Lagmannsretten har lagt til grunn en for streng aktsomhetsnorm for advokater, i strid med gjeldende praksis. Dette er en rettsanvendelsesfeil.

Det gjøres videre gjeldende at Lagmannsretten feilaktig har lagt til grunn at økonomisk tap ikke er et vilkår for erstatning når det gjelder posten ryddekostnader hvor Lagmannsretten har tilkjent erstatning. Tapet har ikke materialisert seg og kan følgelig ikke kreves dekket. Også dette gjelder en rettsanvendelsesfeil.

Det gjøres videre gjeldende at Lagmannsretten feilaktig har lagt til grunn at en advokat plikter å søke fri sakførsel før et oppdrag påbegynnes, uten at andre rettshjelpdekninger er avklart først. Dette er en rettsanvendelsesfeil. Lagmannsretten har feilaktig lagt til grunn at det er årsakssammenheng mellom manglende søknad om fri sakførsel og et påstått tap ankemotparten har lidd. Det er videre feil bevisbedømmelse når lagmannsretten legger til grunn at ankemotparten ville ha blitt innvilget fri sakførsel.

Lagmannsretten har ikke vurdert det totale resultatet for klienten når den fastsetter prisavslag for advokatens tjenester. Dette er en rettsanvendelsesfeil. Lagmannsretten har ved sin bevisvurdering heller ikke hensyntatt den vurdering av salæret som ble gjort av behandleren i dommen i behandlingen av saken som ligger til grunn for salæret.

Hulaas

Det gjøres også gjeldende at Lagmannsretten i sin erstatningsberegning ikke har hensyntatt at de saksomkostninger som Dammann har mottatt eller annen erstatning. Dette er en rettsanvendelsesfeil.

Det gjøres videre gjeldende at når Lagmannsretten i dommen ikke drøfter de anførsler som er nevnt ovenfor, så medfører det en saksbehandlingsfeil i form av mangelfulle domsgrunner som medfører at dommen må oppheves.

Samlet sett gjøres således gjeldende som ankegrunner fem tilfeller av rettsanvendelsesfeil, på to punkter feil ved bevisvurderingen samt endelig saksbehandlingsfeil (mangelfulle domsgrunner).

1.4 Bevis

Det vil bli tilbudt samme bevis for Høyesterett som for lagmannsretten med de tillegg som følger av denne anke.

2. SAKENS PRINSIPIELLE BETYDNING UTOVER DEN FORELIGGENDE SAK

Saken reiser spørsmål om hvor aktsomhetsnormen for advokaters rolle som prosessfullmektig skal trekkes og anledningen til fremme krav mot egen prosessfullmektig, og på den måte få en «omkamp» om domstolens vurdering i den opprinnelige saken. Saken har i denne sammenheng en side til spørsmålet om bevisvurdering og tidsnære bevis. Dersom man lar all bevistvil ramme advokaten til dels svært mange år etterpå, blir aktsomhetsnormen strengere enn det er grunnlag for.

Videre mener Advokatfirmaet Østberg AS at lagmannsretten vurdering av erstatningsspørsmålet, der man utmåler erstatning uten at det er konstatert et økonomisk tap, utvider erstatningsrettens dekningsområde. Uavhengig av om spørsmålet vurderes som et spørsmål om vilkårene for erstatning foreligger eller som et spørsmål om hvor tvilsrisikoen skal ligge vil det ha betydning langt utenfor den foreliggende sak.

Lagmannsretten har på sentrale punkter unnlatt å ta stilling til sentrale anførsler fra Advokatfirmaet Østberg AS. Uavhengig av hvorvidt man er enig i den vurdering lagmannsretten gjør har det betydning for den tillit aktørene i rettsvesenet har til lagmannsretten at man kan etterprøve at alle anførsler er vurdert.

3. ADVOKATFIRMAET ØSTBERG AS FAKTISKE OG RETTSLIGE ANFØRSLER

a. Hovedpunkter i sakens faktiske forhold

Advokat Bjørn Østberg i Advokatfirmaet Østberg AS påtok seg et prosessoppdrag for ankemotparten. Tilsvar og stevning i motsøksmål var allerede tatt ut av en annen advokat som hadde trukket seg fra saken, fulgt opp av enda en advokat som trakk seg, før Østberg overtok saken kort tid før den skulle behandles i tingretten.

Saken gjaldt spørsmål om utløsning fra det ansvarlige selskap Villmarksleieren ANS rettet fra ankemotpartens tidligere ektemann Rein Dammann. Villmarksleieren ANS hadde drevet en villmarksleir med events for næringslivet. ankemotparten fremmet motkrav i motsøksmål med krav om dekking av underbalanse i selskapet, krav om vederlag etter ektefelleloven og erstatning for urettmessig uttak. Saken er i dommen i sakens dokumenter for øvrig omtalt som leirsaken.

Ankemotparten hadde engasjert advokat Heidi Bache Wiig til å skrive tilsvar. Hun oversatt tilsvarsfristen og det ble avsagt fraværdom. Fraværdommen ble til slutt opphevet av Høyesterett. Advokatfirmaet Østberg ble engasjert i oktober 2012. Etter begjæring ble saken utsatt, da ankemotpart var for syk til å forberede saken. Tingretten behandlet saken i hovedforhandling i mars 2013. Ankemotparten ble frikjent i søksmålet og fikk delvis medhold i motsøksmålet. Hun ble også tilkjent det vesentligste av sakens omkostninger.

Oslo tingrett avsa 2. april 2013 dom i sak 11-073251TVI-OTIR/08 i søksmål og motsøksmål med slik slutning:

Hovedsøksmålet

Villmarksleieren ANS frifinnes

Motsøksmålet

1. Rein Damman dømmes til å betale Villmarksleieren ANS kr 66.945,50 - sekstisekstusennihundreogførtifem 50/100.
2. Rein Dammann dømmes til å utlevere til Villmarksleieren ANS alle selskapets eiendeler som han besitter.
3. Rein Dammann frifinnes for krav på vederlag fra Turid Heid Dammann.
4. Rein Dammann dømmes til å betale A kr 5.000 - femtusen - i erstatning for uriktig belastning av utgifter i Villmarksleieren ANS.
5. Rein Dammann dømmes til å betale Turid Heidi Dammann kr 458.000 - firehundreogfemtiåttetusen 00/100 - i sakskostnader.
6. Oppfyllelsesfristen for pkt. 1, 4 og 5 er 2 - to - uker fra forkynnelsen.

Dommen er inntatt i faktisk utdrag side 223

Hulaas

Ankemotparten nektet å betale Advokatfirmaet Østberg AS faktura først under henvisning til at hun ikke hadde rettslig handleevne, deretter ble det krevd prisavslag før det til slutt for lagmannsretten ble gjort gjeldende at det forelå erstatningsbetingende uaktsomhet fra advokat Østbergs side som skal gi grunnlag for motregning.

Advokat Østbergs håndtering av leirsaken ble behandlet i Disiplinærutvalget og Disiplinærnemda der advokat Østberg ble frifunnet i begge instanser. Saken ble bragt inn for tingretten der Advokatfirmaet Østberg AS fikk medhold i det vesentligste i sitt krav.

Borgarting lagmannsrett frifinner ankemotparten for et hvert betalingskrav og tilkjenner henne omkostninger for begge instanser. Borgarting lagmannsrett legger til dels til grunn prisavslag og dels til grunn erstatning i sin avgjørelse.

b. Lagmannsrettens vurdering av aktsomhetsnormen for advokater er feil

Lagmannsretten uttaler at kravet til aktsomhet for advokater skjerpes fordi klienten var en privatperson, som hadde opplyst at hun hadde kognitive utfordringer.

Aktsomhetsnormen skjerpes videre som følge av at Dammanns livsverk og fremtidige arbeidsplass (leiren) sto på spill.

Det bestrides at det er faktisk grunnlag for den rettssetning som fremsettes. Det fremkommer av dommen i leirsaken at det trengtes en investering på over 1 million kroner for å få leiren i drift.

Fra dommen i Leirsaken hitsettes:

«Retten har sett en rekke fotografier av leirområdet og partene har forklart seg ganske sammenfallende om at leiren trengte omfattende reparasjoner, utskiftninger og vedlikehold allerede i 2010

Vitnet Per Gulliksen har arbeidet i leieren og mente at også andre kunne forestå driften og at det lå et uutnyttet potensiale i leirvirksomheten, men at fortsatt drift vil trolig kreve en investering på ca. kr 1 mill. Sammenholdt med den relativt korte tid som er igjen av leieforholdet og at det må gjøres fradrag for utgifter til rydding, underbygger dette ytterligere at det ikke er noen netto deltakerverdi som omsettes»

Avsnittet viser tydelig at leiren allerede var tapt og at det i så henseende ikke skulle være noen grunn til noen skjerpet aktsomhet utover det alminnelige profesjonsansvaret.

Det bestrides videre at det er noe rettslig grunnlag for at aktsomhetskravet skal skjerpes ytterligere. Aktsomhetskravet vil kunne være relativt til de verdier som er omtvistet, men det er ikke grunnlag for at tvistens karakter her, og den relativt sett beskjedne økonomiske verdi skulle gi grunnlag for et skjerpet aktsomhetskrav som lagmannsretten har lagt til grunn.

Hulaas

Den ankende part mener at den feilslutning som lagmannsretten her gjør, medfører at lagmannsrettens skjønnsutøvelse blir uriktig og resultatet blir feil.

Videre mener den ankende part at lagmannsretten gjennom sin aktsomhetsnorm og gjennom de bevisbyrdebetraktninger som legges til grunn i realiteten åpner for at man kan oppnå en «omkamp» om bevisvurderinger gjennom å saksøke egen prosessfullmektig i etterkant. Når saken kommer opp da 5 år senere, vil bevisvurderingene være vanskeligere. En advokat vil da ha små muligheter for å imøtegå de påstander som fremmes. Når Lagmannsretten da i liten grad legger til grunn de bevisvurderinger som gjøres i den opprinnelige leirsaken, er det i strid med prinsippet om at tidsnære bevis skal tillegges større vekt enn senere forklaringer.

c. Fri sakførsel

Lagmannsretten gjør et fradrag på kr 135 876 som følge av at Østberg ikke hadde søkt om fri sakførsel. Det følger av rettshjelpsloven § 5 at fri sakførsel er subsidiær til andre ordninger, herunder rettshjelpsforsikring.

Dammann fylte ikke vilkårene for fri sakførsel, og det er ikke årsakssammenheng mellom Østbergs manglende søknad og tapet. Det blir således en lovanvendelsesfeil når lagmannsretten gjør fradrag for dette tapet i salærkravet til Østberg. Lagmannsrettens resultat medfører i så fall at man forlater kravet til årsakssammenheng ved profesjonsansvar.

Advokat Østberg fikk beskjed om at Dammann hadde rettshjelpdekning gjennom forsikring tegnet for Villmarksleieren ANS. Østberg sendte en forespørsel om dekning av rettshjelpen til forsikringselskapet og mottok først rett forut for hovedforhandling beskjed om at meldefristen var utløpt før han påtok seg oppdraget.

Det ble dokumentert under lagmannsrettens behandling av saken når svaret på spørsmålet rettshjelpsdekning først ble avklart. Advokatfirmaet Østberg AS ble kort tid etter løst fra sitt oppdrag. Det kan således ikke være tvil om at dette er gal lovanvendelse av lagmannsretten.

Tilsvarende syn ble lagt til grunn av disiplinærutvalget da de behandlet klagen mot advokat Østberg.

Bevis: Bilag 1: Disiplinærsak OSL-109-2013

Spørsmålet om rettshjelpsdekningens betydning er heller ikke berørt av lagmannsretten, hvilket må anses å være så vel en saksbehandlingsfeil som en feil i bevisbedømmelsen, ikke minst hensyntatt at dette ble vektlagt av disiplinærutvalget og nemda.

Lagmannsretten har ved utmålingen av erstatningsansvar for manglende søknad om fri sakførsel ikke hensyntatt at motsøksmålet besto av flere elementer enn skiftesaken. Det

er kun den del som gjelder skiftesaken som ville kunne gi krav på fri sakførsel. Kravet om dekking av underbalansen av selskapet og som lagmannsretten mener advokat Østberg utførte uforvarlig var den all vesentligste del av motsøksmålet. Dette spørsmålet er ikke en del av de saksområder som dekkes etter reglene om fri sakførsel, jfr. rettshjelploven § 5, uten at Lagmannsretten synes å ha hensyntatt dette.

Sist men ikke minst har Lagmannsretten feilaktig lagt til grunn at Dammann ville fått innvilget fri sakførsel, på tross av at det ikke var bevisførsel rundt dette. Dammann søkte selv om etter bevilling av fri sakførsel for tingretten, samt i forbindelse med hennes anke over dommen i leirsaken. Søknaden ble avslått av Fylkesmannen. Det er vanskelig å lese utifra dommen om det er lovanvendelsen eller bevisbedømmelsen som er gal.

Bevis: Bilag 2: Avslag fra Fylkesmannen på fri sakførsel av 14. juni 2013

d. Manglende fradrag for mottatt sakskostnader og erstatning.

Ankemotparten ble tilkjent saksomkostninger med kr 458.000 i tingrettssaken. Etter at lagmannsretten etter anke over sakskostnadene tilkjent Rein Dammann kr 238 000,- i omkostninger i motsøksmålet ble hun tilkjent netto kr 220 000 som hun også har mottatt fra sin tidligere ektemann. Videre erkjente ankemotparten i Lagmannsretten å ha mottatt et betydelig beløp i størrelsesorden kr 100 000 fra Heidi Bache-Wiigs forsikringsselskap. Disse beløpene er ikke hensyntatt av lagmannsretten *ved erstatningsutmålingen, med den konsekvens at ankemotparten mottar mer enn det tap lagmannsretten mener hun har lidd.*

Bevis: Bilag 3: Lagmannsrettens Kjennelse i sak 13-144488ASK-BORG/03

Når økonomisk tap skal fastsettes i erstatningsrettslig sammenheng så er det skadelidtes netto tap som kan kreves erstattet. Det betyr at det skal det gjøres fradrag for den delen av tapsdekningen man har mottatt. Ankemotparten har mottatt kr 220 000 med tillegg av et ukjent beløp fra Heidi Bache-Wiigs forsikringsselskap. Lagmannsretten nevner dette i sin innledning og ved gjengivelsen av Advokatfirmaet Østberg AS anførsler, men gjør ikke fradrag for dette ved utmålingen av erstatningen. Det er en lovanvendelsesfeil når dette ikke kommer i fradrag ved lagmannsrettens utmåling av erstatningen.

e. Manglende domsgrunner ved vurdering av erstatning for ryddekostnader

Lagmannsretten utmåler en skjønnsmessig erstatning for at den finner at ryddekostnader ved leieren skulle vært tatt inn i den underbalanse som ble krevd dekket. Jeg viser her til fremstillingen under punkt 2b. Det bestrides at det var grunnlag for å gjøre noe slikt fradrag, all den tid det var en kostnad som ankemotparten aldri har hatt og som det heller ikke var sannsynlig at hun ville få.

Hulaas

Lagmannsretten fastsetter erstatningen skjønnsmessig til kr 175 000,- uten at den angir hvilke forutsetninger dette skjønnen bygger på. Det gjør det umulig å etterprøve skjønnen og dette utgjør manglende domsgrunner.

f. Vurdering av prisavslaget

Lagmannsretten har innrømmet ankemotparten et prisavslag på kr 300 000,- som tilsvarer 50% av det totale salær. Partene var for Lagmannsretten enige om at forarbeidende til ny advokatlov i stor grad var uttrykk for gjeldende rett, hva gjelder adgangen til å kreve prisavslag ved utførelsen av advokatoppdrag.

Det følger av NOU 2015:3 som Lagmannsretten har sitert fra, at man ved vurdering av prisavslaget størrelse skal se hen til mangelens betydning.

Advokat Østberg vant på vegne av ankemotparten frem i det alt vesentligste og ankemotparten ble følgelig tilkjent omkostninger for tingretten. Når en advokats prestasjon skal vurderes i relasjon til et prisavslag må resultatet for klienten vurderes. Etter Advokatfirmaet Østberg AS vurdering vil dette være det mest sentrale forhold i vurderingen. Lagmannsretten synes ikke å ha vurdert dette overhodet når den har utmålt prisavslaget.

Manglende vurdering av det totale resultat ved vurdering av prisavslaget utgjør en lovanvendelsesfeil.

Lagmannsretten har heller ikke vurdert at tingretten tok særlig stilling til salærets størrelse og fant dette forsvarlig. Dette er i strid med prinsippet om at tidsnære bevis skal tillegges større vekt, jfr det Høyesterett har uttalt i Rt 1995 s 821.

Sist men ikke minst, synes lagmannsretten å ha lagt til grunn at en advokat har en plikt til å fremme alle klientenes anførsler, uavhengig av hans vurdering av om disse kan føre frem eller ikke. Dette er i strid med den uavhengige rollen en advokat skal ha.

g. Mangelfulle domsgrunner

Som det er redegjort for i punktene 3 d til 3 f kan man ikke lese ut av dommen om lagmannsretten har tatt stilling til sentrale anførsler. Dette gjelder særlig spørsmålet om betydningen av dommens resultat for ankemotparten i leirsaken og konsekvensen av ankemotparten har mottatt tilkjente saksomkostninger og erstatning fra Heidi Bache-Wiigs forsikringsselskap.

Det gjøres derfor subsidiært gjeldende at lagmannsrettens dom må oppheves med hjemmel i tvisteloven § 30-3 andre ledd bokstav c, jf. § 29-21 andre ledd bokstav c. Etter den førstnevnte bestemmelsen kan en dom oppheves dersom "det foreligger feil som ubetinget skal tillegges virkning, jf. § 29-21 annet ledd". Videre fastsetter § 29-21 andre

Hulaas

ledd bokstav c at det ubetinget skal tillegges virkning at "det er mangler ved avgjørelsen som ikke kan rettes etter §§ 19-8 og 19-9, og som hindrer prøving av anken". Denne bestemmelsen omfatter blant annet mangler og uklarheter ved domsgrunnene, jf. Schei med flere: Tvisteloven, kommentarutgave, andre utgave side 1064.

Det vises her også til HR-2016-00574 U.

At manglende vurdering av en anførsel vil utgjøre en saksbehandlingsfeil ved dommen følger forutsetningsvis av Rt 1995 side 1747 U og for så vidt også av Rt 1974 1276 U.

Det er en forutsetning for at Høyesterett skal kunne ta stilling til om Lagmannsrettens vurdering er forsvarlig at den kan fremvise at det er tatt stilling til disse sentrale forhold.

4. PÅSTAND

Med forbehold om ytterligere anførsler og bevis nedlegges slik

påstand:

Prinsipalt:

1. Turid Heidi Dammann betaler Advokatfirmaet Østberg AS kr 448 501,- med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 16. mars 2013 til betaling skjer.
2. Turid Heidi Dammann betaler Advokatfirmaet Østberg AS sakens omkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.

Subsidiært:

1. Lagmannsrettens dom oppheves.
2. Turid Heidi Dammann betaler Advokatfirmaet Østberg AS sakens omkostninger for Høyesterett inkludert ankegebyret.

Dette anken er lastet direkte opp i aktørportalen og oversendt ankemotpartens prosessfullmektig per e-post.

5. februar 2018
ADVOKATFIRMAET HULAAS AS

Signert elektronisk via aktørportalen

Kristian Voie Danielsen
Advokat